

QUESITI

ANDREA ALBERICO

Lottizzazione negoziale e confisca urbanistica: un binomio (in)dissolubile?

L'articolo si interroga sulla possibilità di escludere il ricorso alla confisca urbanistica nei casi di lottizzazione negoziale, analizzando le ragioni che militano nel senso della sproporzione del rimedio sanzionatorio ablatorio. In particolare, dopo aver ribadito la natura penale della confisca, l'A. suggerisce l'opportunità di ricorrere a moduli sanzionatori meno afflittivi, e parimenti efficaci, nelle ipotesi in cui la lottizzazione cartolare non sia accompagnata da opere edilizie.

Negotiated subdivision and urban confiscation: an (in) dissolvable combination?

The article questions the possibility of excluding the use of urban confiscation in cases of negotiated subdivision, analyzing the reasons that militate in the sense of ablatory sanctioning remedy's disproportion. In particular, after reiterating the criminal nature of the confiscation, the A. suggests the advisability of resorting to less afflictive and equally effective sanctioning modules, in the event that the lotting is not accompanied by building works.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La tensione immanente tra la 'sotto-fattispecie' di lottizzazione abusiva negoziale ed i principi fondamentali del diritto penale. - 3. La fonte originaria dei problemi: la natura sostanzialmente *penale* della confisca urbanistica. - 4. Il trattamento sanzionatorio della lottizzazione: la necessità di flessibilizzare la *pena*. - 4.1. La pericolosa scelta di uniformità sanzionatoria tra lottizzazione negoziale e materiale. - 4.2. Lottizzazione negoziale e confisca obbligatoria alla luce della giurisprudenza costituzionale sulle pene fisse. - 4.3. L'argomento della sproporzione. - 4.4. La lottizzazione come "reato progressivo nell'evento". - 5. La questione di legittimità pendente. - 5.1. (Segue) ...e l'assetto del diritto vivente. - 6. Spunti per un dibattito.

1. *Premessa.* Le vicende normative e giurisprudenziali che hanno di recente investito la confisca urbanistica hanno fatto deflagrare il problema della *proporzionalità* di un congegno concordemente valutato - nella prospettiva convenzionale e in quella nazionale - come 'sostanzialmente penale'.

Il detonatore è costituito dalla riconosciuta possibilità di infliggere la misura ablatoria in caso di estinzione del reato per prescrizione: adeguandosi al *dictum* di *G.I.E.M. contro Italia*, infatti, anche la Cassazione¹ ha dovuto recentemente riflettere sulla opportunità di una meccanica applicazione del comma 2 dell'art. 44, lett. c), d.P.R. 380/2001 qualora la punibilità della contravvenzione, nella sua variante negoziale, sia esclusa per il decorso dei termini di cui all'art. 157 c.p. La Corte, nel cassare la decisione impugnata, ne ha censurato la mancata considerazione «di un profilo assai rilevante della vicenda, ossia

¹ Da ultimo, Cass., Sez. III, 1° febbraio 2021, Santamaria. In precedenza, Cass., Sez. un., 30 aprile 2020, Perroni, in *Mass. Uff.* n. 278870.

che la lottizzazione accertata a carico dei ricorrenti (...) ha carattere esclusivamente negoziale».

Come è noto, la lottizzazione negoziale ricorre quando la trasformazione urbanistica dei terreni viene predisposta attraverso il loro mero frazionamento in lotti, non accompagnato da opere edilizie. Tale sottolineata peculiarità del caso concreto induce la Corte a suggerire di indagare se «la confisca costituisca l'unica misura atta a ripristinare la conformità urbanistica dell'area interessata (...) oppure [*soluzione preferita, n.d.r.*] se anche altre misure ripristinatorie possano essere eventualmente adottate», affidando al giudice del merito – «chiamato ad una decisione sostenuta da discrezionalità» – il compito di selezionare tali rimedi meno afflittivi rispetto all'ablazione dell'area interessata dalla condotta criminosa.

L'impostazione seguita dai giudici di legittimità sembra prefigurare uno spazio di agibilità destinato ad andare oltre l'angusto ambito dell'estinzione del reato per prescrizione, sollecitando una riflessione sulla verifica dei caratteri di obbligatorietà e di fissità della confisca o, quantomeno, della sua compatibilità con la fattispecie della lottizzazione negoziale.

Lo spunto nasce dalla 'scissione' che la Corte opera del precetto secondario, trasformando il dispositivo sanzionatorio in una misura facoltativa e graduabile e, perciò, adottando una pronuncia dalla portata materialmente additiva che costituisce in capo al giudice del merito un potere di decisione non contemplato dalla legge.

L'interesse che suscita l'arresto si accresce a causa dell'attuale pendenza di una *quaestio legitimitatis* sollevata dalla Corte di Appello di Bari², la cui trattazione è fissata per il prossimo 26 maggio.

Appare allora opportuno indagare se, *de lege lata* ma sulla scorta della recente evoluzione giurisprudenziale interna e convenzionale, possano configurarsi margini per compiere una riconversione ermeneutica della confisca urbanistica in misura facoltativa anche nell'ipotesi di formale condanna per lottizzazione negoziale.

Il tema andrebbe inquadrato nell'ottica della giurisprudenza costituzionale in tema di pene fisse, anche accessorie, nonché del principio di proporzionalità

² C. App. Bari, Sez. II pen., ord. 18 maggio 2020, Pres Iacovone, rel. Gadaleta, in *www.sistemapenale.it* del 22 giugno 2020 con commento di FINOCCHIARO, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 T.U. edilizia*, nonché in *Riv. giur. ed.*, 2020, 1229 ss. con nota di RECCHIA, *La proporzionalità della confisca urbanistica: dalla Corte EDU alla Corte costituzionale*.

della pena³, cui l'esplicita enunciazione nell'art. 49, co. 3 CDFUE e la cospicua valorizzazione da parte della giurisprudenza europea hanno conferito rango e valore di parametro sovraordinato anche nel contesto del diritto costituzionale.

Dopo aver passato in rassegna questi argomenti, si proverà a confrontarli con le posizioni espresse dalla Cassazione nel citato arresto del 2021 e con quelle oggetto di imminente sindacato da parte della Consulta.

2. La tensione immanente tra la 'sotto-fattispecie' di lottizzazione abusiva negoziale ed i principi fondamentali del diritto penale. La fattispecie di lottizzazione abusiva cd. negoziale, osservata a quasi quarant'anni dalla sua introduzione, presenta profili di tensione con i principi di *legalità* e di *offensività*.

Essa, da una parte, appartiene alle figure criminose venute storicamente ad emersione per effetto di processi di creazionismo giudiziario⁴; dall'altra, continua ad esibire problemi di inquadramento dell'offesa, responsabili - secondo parte della dottrina⁵ - di uno scivolamento sui lidi del mero disvalore di azione, con conseguente sproporzionata anticipazione della punibilità⁶.

Sul piano della legalità, *sub specie* riserva di legge, la frattura può dirsi sanata con la legge n. 47/1985⁷, quando cioè il legislatore trasferì in una specifica disposizione incriminatrice gli esiti dell'indirizzo giurisprudenziale⁸ che aveva attribuito rilievo penale ai frazionamenti terrieri meramente cartolari⁹.

³ Da ultimo, RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

⁴ LUCANTONIO, *La lottizzazione abusiva nella abrogata e nella vigente normativa urbanistica, una figura di «reato giurisprudenziale»*, in *Dir. giust.*, 1985, 316 ss. Limitando il discorso a ipotesi "eclatanti", si consideri il cd. disastro ambientale - ricondotto al *genus* dei disastri innominati ex art. 434 c.p., su cui da ultimo GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in www.laegislazionepenale.eu del 3 febbraio 2020, ovvero il concorso esterno in associazione mafiosa, forgiato sul combinato disposto degli artt. 110-416-bis c.p., su cui V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2019.

⁵ LOSAPPIO, *La lottizzazione abusiva negoziale*, in *Ind. pen.*, 1996, 140 ss.; CONTENUTO, *Relazione di sintesi*, in *Atti del convegno "Lottizzazione abusiva e responsabilità penali"*, 1984, 114, ora in *Scritti 1964-2000*, a cura di Spagnolo, Bari, 2002.

⁶ N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.

⁷ Per una disamina delle vicende legislative, MARINI, voce *Urbanistica (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999.

⁸ Cass., Sez. un., 8 febbraio 1982, n. 1200, Giulini.

⁹ Inizialmente, sotto la spinta di un diffuso orientamento giurisprudenziale, la lottizzazione venne costruita come *reato progressivo nell'evento*, rendendosi necessaria la punizione tanto delle condotte materialmente incidenti sulla definizione di un nuovo assetto del territorio, quanto quelle, essenzialmente negoziali o "cartolari", ad esse prodromiche: il lottizzatore, «promuovendo l'attività di vendita del terreno in lotti, attuando eventuali opere edilizie e di urbanizzazione, adotta volontariamente una condotta il cui sviluppo teleologico ulteriore e prevedibile non può non identificarsi nell'insediamento abu-

Con la citata novella (art. 18) viene istituzionalizzata la distinzione concettuale e, nel contempo, l'equiparazione sanzionatoria delle due figure di lottizzazione urbanistica, rispettivamente, materiale e negoziale, coincidente quest'ultima in condotte di frazionamento e/o vendita del terreno che ne denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio¹⁰.

La 'formalizzazione' legislativa della lottizzazione negoziale si è accompagnata al tema della definizione dei relativi profili di offesa.

Se anteriormente alla riforma del 1985 era stato autorevolmente denunciato come attraverso la punizione delle condotte negoziali si legittimasse il surrettizio aggiramento dell'art. 56 c.p., elevando a reato meri tentativi di lottizzazione e punendo fatti privi «di significato urbanistico»¹¹ – come nelle vicende in cui si affermava il perfezionamento della fattispecie con la conclusione del contratto preliminare di vendita¹² o addirittura dell'assegnazione delle aree di proprietà ai soci di una cooperativa edilizia – dopo la riforma ci si venne interrogando sulla reale dimensione offensiva dell'illecito, specie considerando l'assimilazione *quoad poenam* di entrambe le forme di lottizzazione.

Ad avviso di una parte della dottrina, infatti, non si comprende(va) «perché il semplice mutamento dei proprietari di determinati terreni (che a questo si riduce, in sostanza, l'effetto giuridico della cd. lottizzazione sulla carta) attenti alla discrezionalità programmatica del Comune»: «se a tali operazioni non dovesse seguire, in fatto, alcuna attività materiale di trasformazione fisica del territorio, esse rimarrebbero al livello di intenzioni, non ancora realizzate»¹³.

Più cauta la posizione di altri autori (che traghettano la fattispecie verso la categoria dei reati di pericolo concreto), secondo cui «accanto all'indicazione del suo materiale essere, il legislatore richiama anche una serie di note caratterizzanti, che ne fondano il disvalore e che sono chiaramente legate alla richiesta, nella condotta, di un effettivo disvalore lesivo nei confronti dell'interesse pro-

sivo, nella sua concreta espansione susseguente». Così ALBAMONTE, *La lottizzazione abusiva quale reato progressivo nell'evento*, in *Cass. pen.*, 1980, 1441. Per una rassegna delle posizioni contrarie e dei relativi argomenti, LOSAPPIO, *op. cit.*, 123, spec. n. 13. Cfr. anche MARINI, *op. cit.*, par. 20.

¹⁰ Testualmente, «attraverso il frazionamento o la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o l'eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio».

¹¹ MARINI, *op. cit.*, par. 22 e 26. Notazioni critiche e sospetti di incostituzionalità furono segnalati da BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, 104 e da R. BETTIOL, *La tutela penale dell'assetto territoriale nelle norme per l'edificabilità dei suoli*, Padova, 1978, 125.

¹² Problema rivelatosi di lungo periodo. Cfr. al riguardo TANDA, *Lottizzazione abusiva e contratto preliminare*, in *Cass. pen.*, 2001, 1009 ss.

¹³ CONTENUTO, *Relazione di sintesi*, cit., 115.

tetto. [...] la condotta spesa dal soggetto *deve essere portatrice di una concreta ed effettiva «lesione e/o messa in pericolo» dell'interesse protetto dal legislatore* (il corretto utilizzo del territorio e la tutela della Pubblica Amministrazione nei confronti di costi e danni legati ad usi speciali del territorio da parte dei terzi de populo), la cui tutela viene chiaramente anticipata rispetto a quanto accade nei confronti della «normale» attività di lottizzazione»¹⁴.

Quale sia la lettura che si preferisca, appare chiaro come l'attività negoziale punita non raggiunga la medesima soglia di compromissione del bene protetto cui perviene la lottizzazione materiale, collocandosi in uno stadio prodromico dagli effetti pur sempre neutralizzabili.

A tutto voler concedere, dunque, la lottizzazione negoziale presenterebbe gli estremi di un atto diretto in modo non equivoco a realizzare un mutamento nell'assetto del territorio, che, per definizione, non deve materialmente intervenire¹⁵, punito però alla stessa stregua del caso in cui il mutamento sia intervenuto. In sintesi, essa si atteggierebbe a tentativo (o comunque a reato a consumazione anticipata¹⁶, o peggio a reato ostantivo) di lottizzazione materiale, restando, però, punita alla stessa maniera di questa.

In alternativa, si potrebbe inquadrare la lottizzazione nella categoria, di largo uso giurisprudenziale, dei reati cd. a doppio schema (o a schema duplice, o a formazione progressiva), nei quali il tipo criminoso si considera integrato sia con il raggiungimento dello stadio massimo dell'offesa, sia in un momento antecedente ad esso – in ogni caso tipizzato – normalmente individuato in un *pactum sceleris*¹⁷.

Simile posizione non convince del tutto, posta la natura di *reati-accordo* o *reati-contratto* delle figure di consueto ricondotte a quel paradigma e, soprattutto, avuto riguardo alle ragioni della scelta di tipizzazione alternativa, normalmente rintracciate nella elevata cifra oscura di quei fatti e nella difficoltà di provare gli elementi costitutivi del c.d. schema principale.

All'opposto, la lottizzazione negoziale si accompagna ad atti (anche pubblici) di immediata ed agevole conoscibilità, preordinati alla realizzazione di attività

¹⁴ MARINI, *op. cit.*, par. 29.

¹⁵ La Cassazione ha talvolta parlato di anticipazione dell'intervento penale alla «fase ideativa», cfr. Cass., sez. III, sent. 29 febbraio 2000, Pennelli.

¹⁶ PELISSERO, *Sub d.p.r. 6-6-2001, n. 380*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo, Paliero, Padova, 2007, 1110; REYNAUD, voce *Urbanistica (reati in materia di)* (*I agg.*), in *Dig. Pen.*, Torino, 2009, 1103 ss.

¹⁷ La categoria viene invocata sovente nel contesto dei delitti di corruzione, alternativamente consumabili tanto al momento dell'accettazione della promessa, quanto in quello ben più grave della dazione dell'indebito. In argomento, approfonditamente, AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, Roma, 2017, 369 ss.

edilizie ‘alla luce del sole’; tali, pertanto, da limitare la cifra oscura ed agevolare la prova processuale.

Sotto altro profilo, occorre rilevare come la tipizzazione a duplice schema consenta al legislatore di realizzare un’anticipazione dell’intervento penale particolarmente idonea a scongiurare progressioni offensive nei confronti di beni di rango elevato nel sistema dei valori costituzionali.

È lungo questa direttrice che si muove l’incriminazione della lottizzazione negoziale.

Come si vedrà in seguito, proprio valorizzando questo aspetto emerge l’irragionevolezza di un congegno sanzionatorio fisso – quale l’attuale fisionomia della confisca – comune ad entrambi gli schemi di consumazione. Breve: anche nei reati a doppio schema il legislatore consente al giudice di muoversi all’interno di un compasso edittale capace di adeguare la pena all’effettivo disvalore del fatto commesso.

3. La fonte originaria dei problemi: la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica. Prima di presentare le ragioni che possono invocarsi a sostegno della denunciata illegittimità dell’obbligatorietà della confisca urbanistica innanzi ad una condanna per lottizzazione negoziale, è opportuno ricordare – seppur brevemente – il percorso che ha condotto all’affermazione della natura penale della misura ablatoria in esame¹⁸. La qualifica come pena, infatti, è presupposto indefettibile per la tenuta del ragionamento.

Le tappe essenziali del cammino sono quattro: *Sud Fondi, Varvara*, la sentenza costituzionale n. 49 del 2015 e infine *G.I.E.M.*¹⁹.

La vicenda dell’*ecomostro di Punta Perotti* costituisce lo spartiacque tra due epoche, al punto che si può affermare che esista una confisca urbanistica *prima* della sentenza *Sud Fondi c. Italia* e una confisca urbanistica *dopo* quella decisione.

La Corte EDU riconobbe la natura sostanzialmente penale della misura in ragione della stretta connessione con l’illecito dal quale dipende, dell’autorità

¹⁸ In argomento, A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica. Una storia a più voci*, Torino, 2020. Prima dell’intervento della Corte di Strasburgo la confisca era considerata *sanzione amministrativa obbligatoria*, interpretazione avallata anche dalla Consulta con l’ordinanza n. 187 del 1998. Sull’impatto della “nuove pene” sul catalogo tradizionale delle sanzioni penali si veda, ampiamente, FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

¹⁹ Per un recente ed esaustivo riepilogo, MAUGERI, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell’efficienza e i principi della materia penale*, in *questa Rivista*, 23 settembre 2020. Cfr. altresì BALBI, *La confisca urbanistica nel difficile dialogo tra le Corti*, in A. Cavaliere (a cura di), *Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 659 ss.

competente ad irrogarla, della collocazione sistematica della disposizione che la contempla e della sua afflittività²⁰, richiedendo un margine di colpevolezza per la sua applicazione.

La Cassazione, per adeguarsi alle conclusioni rassegnate a Strasburgo, individuò il margine di compatibilità nell'intervenuto accertamento degli elementi oggettivi e soggettivi di fattispecie: a prescindere dal titolo formale della decisione (condanna ovvero proscioglimento per prescrizione), il giudice penale procede alla confisca se, all'esito di un *giusto processo*, risultano dimostrati il fatto materiale e l'elemento psicologico²¹.

La successiva pronuncia della Corte EDU *Varvara*²² - pur focalizzata sul rapporto tra confisca e prescrizione, e proiettata ad impedire l'ablazione in presenza della causa di estinzione del reato²³ - ne ribadiva «in poche righe»²⁴ la natura di sanzione penale e, attraverso la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque (che rilevava come nel caso di specie «i terreni non costruiti costituivano più del 90% di quelli confiscati»), poneva le basi per affrontare il

²⁰ Così si esprime la Corte: «La Corte osserva che la sanzione prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge (...). Questa conclusione è confermata dalla constatazione che la confisca ha colpito l'85 % dei terreni non costruiti, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio. La sanzione era quindi in parte preventiva e in parte repressiva, quest'ultima generalmente caratteristica distintiva delle sanzioni penali (...). Ancora, la Corte rileva la severità della sanzione che, secondo la legge n. 47/1985, concerne tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione (...). La Corte rileva infine che il testo unico dell'edilizia del 2001 classifica tra le sanzioni penali la confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva. Tenuto conto dei suddetti elementi, la Corte ritiene che la confisca in parola sia una "pena" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione». In argomento, FR. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.; V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, 15 ss.

²¹ Numerose le decisioni in tal senso: Cass., Sez. III, 8 ottobre 2009, Apponi, in *Mass. Uff.* n. 245347; Cass., Sez. III, 15 aprile 2013, Volpe, in *Mass. Uff.* n. 255112; Cass., Sez. IV, 17 luglio 2015, Giallombardo, in *Mass. Uff.* n. 264337.

²² Corte EDU, sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara* c. Italia. In tema, MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 2195 ss. Per una riflessione sulle ricadute garantistiche della giurisprudenza EDU, V. MAIELLO, *Intervento nella Tavola rotonda "Le due legalità: Quale convivenza nel diritto penale?"*, in *Criminalia*, 2013, 227 ss.

²³ La Corte, in sostanza, nega in radice l'applicabilità di una pena senza una sentenza di condanna: «la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare» (§§ 72).

²⁴ FR. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

vero *punctum dolens* della misura in discorso, ossia quello della sua (s)proporzione²⁵.

Le conclusioni di *Varvara*, che almeno in apparenza escludono il ricorso alla confisca in assenza di una sentenza definitiva di condanna, hanno reso necessario l'intervento della Corte costituzionale, su impulso tanto dei giudici di legittimità che di quelli di merito. Secondo la Cassazione, da una parte, il *dictum* di Strasburgo si porrebbe in contrasto con la Carta fondamentale, antepo- nendo le ragioni della tutela della proprietà a quelle della tutela di beni prevalenti quali il paesaggio e l'ambiente; secondo la giurisprudenza di merito, al contrario, risulterebbe incostituzionale il diritto vivente formatosi in relazione all'art. 44, comma 2, d.P.R. 380/2001 che abiliterebbe la confisca senza una decisione di condanna.

Con la sentenza n. 49 del 2015²⁶ la Consulta, dichiarando inammissibili le questioni, fece chiarezza sulla nozione di "condanna", escludendo un'interpretazione formalistica del termine, e confermando la sufficienza dell'intervenuto accertamento della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato. Ad avviso della Corte costituzionale, premesso che *Varvara* non costituisce "giurisprudenza consolidata" e, dunque, vincolante l'interprete nazionale in quanto dotata di efficacia *erga omnes*, va comunque escluso che la

²⁵ Questo un passaggio fondamentale: «L'interpretazione rigida della confisca per lottizzazione abusiva che la rendeva «un provvedimento ablativo radicale, nelle forme e nelle conseguenze», in cui «senza discrezionalità alcuna, la proprietà dei terreni e dei beni lottizzati venga trasferita dai privati al patrimonio del comune» [39], viola chiaramente il principio della proporzionalità. Questo principio impone un'altra interpretazione della «forma» e delle «conseguenze» della confisca, che le giurisdizioni nazionali possono e devono seguire alla luce degli articoli 42 e 44 della Costituzione italiana e dell'articolo 1 del Protocollo n. 1. Se lo scopo della misura che consiste nel confiscare dei terreni lottizzati e dei manufatti illegali è quello di infliggere una battuta di arresto alle attività criminali e ai proventi di queste ultime e di evitare che il danno all'assetto del territorio e all'ambiente non si aggravi fino a che l'amministrazione prenda una decisione definitiva sulla legalità della lottizzazione, l'intervento del giudice deve essere misurato e non può essere «assoluto» né «automatico». In tal modo, il giudice italiano deve non soltanto verificare se vi sia in concreto una situazione di pericolo immediato e serio per l'assetto del territorio e per la tutela ambientale, ma deve anche adattare la reazione statale alla minaccia immobiliare esistente e così proporzionare la misura della confisca alle circostanze specifiche della causa[40]».

²⁶ Molteplici i commenti della sentenza: VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49)*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 30 marzo 2015; CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *questa Rivista*, 2015, 1; PULTANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 2, 318 ss.; MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, 421 ss. Riflette sulle implicazioni della sentenza nel rapporto tra illecito penale e illecito amministrativo, GARGANI, *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *Criminalia*, 2018, 154.

Corte EDU abbia effettivamente richiesto una decisione di condanna, essendo piuttosto sufficiente il pieno accertamento della responsabilità²⁷.

La sintesi tra le posizioni delle Corti è offerta dalla successiva decisione della Grande Camera della Corte EDU G.I.E.M. c. Italia (ancora con l'opinione dissenziente del giudice portoghese Pinto de Albuquerque)²⁸: si ribadisce la natura di pena della confisca, come tale coperta dalle garanzie degli artt. 6 e 7 della Convenzione, ma si conclude che essa può trovare applicazione anche in assenza di una formale decisione di condanna, purchè siano accertati nel *fair trial* i requisiti oggettivi e soggettivi della fattispecie incriminatrice a cui è connessa.

Non è possibile in questa sede soffermarsi criticamente su tali fondamentali decisioni e sull'intensa dialettica costruttiva tra le Corti.

Ciò che va rimarcato, ai fini dello sviluppo della presente trattazione, è che nella maggior parte dei casi vagliati gli interventi edilizi avevano interessato una porzione molto limitata della superficie confiscata.

In altri termini, nonostante sussistessero i presupposti di una lottizzazione "con opere", la Corte di Strasburgo (o il giudice dissenziente) ha(mno) sempre stigmatizzato il ricorso obbligatorio ed ubiquitario alla confisca, pur in presenza di rimedi meno afflittivi da mettere profittevolmente in campo in modo da salvaguardare tanto il bene protetto dal reato (il governo del territorio), quanto il diritto di proprietà offeso dalla confisca²⁹.

4. Il trattamento sanzionatorio della lottizzazione: la necessità di flessibilizzare la pena. Ricostruito il percorso di affermazione della natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica è possibile ritornare nel fuoco del discorso sulla sua (il)legittimità in relazione alla lottizzazione negoziale.

²⁷ Parla di "gattopardismo costituzionale" A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., 70 ss.

²⁸ Secondo il giudice Pinto la formale dichiarazione di colpevolezza è elemento indispensabile per procedere alla punizione. Per un commento alla decisione, A. ESPOSITO, *Il dialogo imperfetto sulla confisca urbanistica Riflessioni a margine di sentenze europee e nazionali*, in *questa Rivista*, 22 maggio 2019.

²⁹ GALLUCCIO, *Giurisprudenza europea e confisca senza condanna*, in *www.treccani.it - Il libro dell'anno del diritto 2019*, par. 3.2, la quale ricorda che «l'istituto di cui all'art. 44 t.u. edil., per come attualmente formulato, è stato costantemente ritenuto dalla C. eur. dir. uomo in contrasto con l'art. 1, Prot. Add., CEDU (diritto alla proprietà privata) perché eccessivamente rigido e rigoroso. In effetti, l'utilizzo del termine «dispone», di per sé piuttosto perentorio, e il chiaro riferimento «ai terreni abusivamente lottizzati e alle opere abusivamente costruite» lascia poco spazio di manovra al giudice, vincolato tanto con riferimento all'an della confisca, quanto con riferimento ai beni da confiscare. L'attuale formulazione della norma, dunque, non sembrerebbe consentire al giudice alcuna valutazione circa l'opportunità di disporre la confisca nel caso di specie o di selezionare, sulla base delle concrete circostanze fattuali, quali manufatti e/o terreni confiscare».

Le segnalate differenze sul piano dell'offesa nelle due varianti della più grave contravvenzione urbanistica, infatti, alimentano il dubbio sulla ragionevolezza di una risposta punitiva omogenea, che proprio quanto alla confisca si atteggia anche a pena fissa.

Mentre, infatti, il compasso edittale definito dalla lett. c) dell'art. 44, comma 1, d.P.R. 380/2001 offre al giudice la concreta possibilità di dosare la risposta sanzionatoria tenendo conto del complessivo disvalore della condotta (la durata minima della pena detentiva non è fissata, con conseguente operatività della previsione generale di cui all'art. 25 c.p.), il disposto del successivo comma 2 impedisce qualsiasi valutazione sulla gravità del reato, dando luogo ad un automatismo sanzionatorio non graduabile.

In altri termini, le segnalate differenze tra la lottizzazione negoziale e quella materiale potranno (ove lo si ritenga sufficiente) essere governate e valorizzate dal giudice del merito ricorrendo agli ordinari criteri di cui all'art. 133 c.p. nella fase della comminatoria giudiziale³⁰, mentre saranno sostanzialmente ingestibili rispetto alla 'pena sostanziale' della confisca, che incomberà *ope legis* per il solo fatto dell'accertamento della sussistenza del reato.

Non si trascuri che il tema dell'ineluttabilità della confisca era già stato discusso dalla Corte EDU proprio in *Sud Fondi*: «La Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche. Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione»³¹. Come si può desumere dal passaggio riportato, l'assenza di opere sui terreni oggetto di ablazione ne testimonia la sproporzione, specie in considerazione dell'esistenza di rimedi meno afflittivi (conformemente al principio di *extrema ratio*³²) idonei a raggiungere il medesimo obiettivo di tutela (nella specie, l'annullamento del piano di lottizzazione o, in generale, dei negozi giuridici da cui è scaturito il frazionamento terriero).

³⁰ Per una soluzione analoga, seppur in un contesto completamente diverso, MONACO, *Sub art. 61.5-bis*, in Crespi, Stella, Zuccalà. *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2008, 2126.

³¹ Corte EDU, 20 gennaio 2009, §§ 140-142.

³² Sul quale, GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1488 ss.; DEMURO, *Ultima ratio. Alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, *ivi*, 2013, 1654 ss.

In questo contesto, paiono sussistere una pluralità di argomenti che premono per una flessibilizzazione della confisca urbanistica, affinché sia resa facoltativa anche innanzi ad una condanna per lottizzazione negoziale³³.

Il primo motivo di critica risiede nel rapporto che intercorre tra la lottizzazione negoziale e la sua variante materiale, simile a quello che lega tentativo e consumazione. Punire allo stesso modo tentativo e reato consumato comporterebbe una pericolosa rivitalizzazione di posizioni che prediligono il disvalore di azione a quello di evento.

Il secondo motivo va rintracciato nella misura fissa della sanzione, incapace di individualizzare la risposta sanzionatoria parametrandola al disvalore fatto commesso.

Il terzo, immediatamente correlato al precedente, attinge invece al difetto di proporzione di una simile pena fissa.

L'ultimo riflette, invece, sulla pretesa natura progressiva nell'evento del reato di lottizzazione.

4.1. La pericolosa scelta di uniformità sanzionatoria tra lottizzazione negoziale e materiale. Si è segnalato in precedenza che, secondo una parte della dottrina, tra lottizzazione negoziale e materiale si apprezzerebbe un rapporto paragonabile a quello che corre tra tentativo e reato consumato. Su queste basi può essere censurato il ricorso alla medesima sanzione.

L'equiparazione tra tentativo e reato consumato evoca una strada pericolosamente battuta da impostazioni soggettivizzanti apparse nel contesto di costruzioni illiberali dei presupposti della responsabilità penale.

Questi i passaggi essenziali di quelle posizioni: posto che il diritto penale ha lo scopo di impedire la lesione di beni giuridici, qualunque azione finalisticamente orientata a violare una regola di condotta posta a presidio di un bene merita di essere punita a prescindere dall'effettivo verificarsi della lesione. Chi compie atti di tentativo contravviene alla medesima regola di condotta violata da chi arriva invece alla consumazione del reato, e su questa base entrambi andrebbero puniti allo stesso modo. Ciò che consentirebbe siffatto epilogo sarebbe proprio la sussistenza, in entrambi i soggetti, della medesima volontà finalistica³⁴.

³³ GALLUCCIO, *op. cit.*, rileva che «un'interpretazione convenzionalmente orientata della norma in oggetto sembrerebbe imporre, già allo stato, di limitare la confisca alle opere effettivamente eseguite e ai terreni su cui esse già insistono, astenendosi - ad esempio - dal confiscare l'intera area oggetto di una progettata, ma non ancora complessivamente realizzata, lottizzazione abusiva».

³⁴ Per una compiuta analisi delle quali, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., 37 ss.

I presupposti di questa impostazione si rinvengono certamente nell'affermazione secondo cui è l'azione a dimostrare il disvalore dell'intenzione criminosa, a prescindere dal verificarsi dell'evento: è dunque il dolo - la decisione di violare il comando - a fondare il giudizio di rimproverabilità, non il risultato dell'azione illecita.

I postulati di una siffatta impostazione paiono echeggiare nella figura di lottizzazione negoziale. La fattispecie incriminatrice di cui all'art. 44, comma 1, lett. c) T.U.E. ripete il proprio contenuto dalla disposizione definitiva di cui all'art. 30 del medesimo testo unico. Qui il legislatore, mentre presenta il contenuto di illecito della lottizzazione materiale facendo riferimento all'inizio di «opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni», descrive la lottizzazione negoziale come la predisposizione di tale trasformazione attraverso una serie di atti che «denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio». Non è dunque l'atto in sé a identificare il contenuto di illecito, ma è la volontà finalisticamente perseguita dall'agente, ossia la destinazione a scopo edificatorio.

L'uso del verbo predisporre (nel suo participio passato) pare ulteriormente sintomatico dell'obiettivo legislativo di anticipare l'intervento penale: si punisce la preparazione, la predisposizione di un assetto, in vista di uno scopo *contra ius*.

La trasformazione del terreno non è oggettivamente apprezzabile, né sussistono opere che ne abbiano alterato la conformazione urbanistica o edilizia; eppure, la predisposizione di atti in vista del raggiungimento di tale scopo va punita come se tale trasformazione fosse effettivamente intervenuta. La volontà finalistica giustifica la medesima reazione da parte dell'ordinamento.

Lo spettro di una simile deriva - incompatibile con il diritto penale del fatto, assunto ad archetipo nel sistema costituzionale - potrebbe essere arginato, come si diceva, in relazione alla pena (detentiva e pecuniaria) 'tradizionale' grazie ad una sapiente opera di dosaggio da parte del giudice nella fase della comminatoria giudiziale, rimediando in sostanza alla mancanza di un distinguo in sede di previsione edittale³⁵. Di contro, tale soluzione non potrebbe praticarsi in relazione alla confisca in virtù del relativo automatismo applicativo.

³⁵ Una simile soluzione appare meramente di ripiego, e comunque non sufficiente. A nostro avviso, il principio di legalità della pena impone che sia il legislatore a selezionare preventivamente la forbice sanzionatoria più coerente con il disvalore specifico della singola forma di manifestazione del reato. Per approfondimenti, MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1219 ss.

L'alternativa preferibile, comunque, resterebbe quella di una tipizzazione differenziata tra le due forme di lottizzazione, corredando ciascuna di un arsenale sanzionatorio specificamente dedicato, sulla scorta di quanto fatto di recente dal legislatore che ha reso autonome condotte inizialmente assimilate nell'alveo di una comune figura criminosa (si pensi, per tutte, all'attuale assetto della concussione induttiva rispetto a quella costringitiva).

4.2. Lottizzazione negoziale e confisca obbligatoria alla luce della giurisprudenza costituzionale sulle pene fisse. La critica appena mossa si arricchisce degli spunti provenienti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di pene fisse.

Il problema si pose inizialmente nel campo delle pene pecuniarie (art. 27 c.p.) ed è stato affrontato compiutamente dalla Corte solo con la 'svolta' impressa dalla dottrina penalistica negli anni '60 e '70³⁶, e culminata nelle sentenze del 1988.

Con la fondamentale decisione n. 50 del 1980, la Corte costituzionale ha definito le coordinate entro le quali deve muoversi il legislatore nella costruzione del precetto secondario.

La premessa del ragionamento è che solo una pena ritagliata sulle caratteristiche del singolo fatto può essere percepita come giusta dal condannato e proporsi come base per la sua risocializzazione: «*l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale (art. 27, co. 1 e 3 Cost.)*»³⁷.

La personalità della responsabilità penale e la finalità tendenzialmente rieducativa della pena reclamano, in altri termini, la differenziazione della risposta sanzionatoria in modo che essa appaia calibrata sulle esigenze manifestate dal singolo individuo, tenuto conto della complessiva gravità del fatto commesso³⁸.

Su queste basi, secondo la Consulta «*sussiste di regola l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, "proporzionale", delle pene inflitte con le sentenze di condanna. Di tale esigenza, appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del*

³⁶ Con specifico riguardo alle pene pecuniarie fisse, BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducative*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 161 ss.

³⁷ Corte cost., n. 50 del 1980.

³⁸ ABBAGNANO TRIONE, *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli, 2008, 80-81.

giudice costituiscono lo strumento normale. In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale; ed il dubbio d’illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»³⁹.

Come si evince dal principio di diritto in discorso, l’incompatibilità tra le pene fisse e la Costituzione non è assoluta, ma va desunta interrogandosi sul disvalore espresso dall’intera classe di fatti sussumibili nella fattispecie.

Di recente la Corte è tornata in argomento, sindacando stavolta la legittimità di pene accessorie fisse⁴⁰, ed anche le conclusioni rassegnate in quel contesto appaiono, *a fortiori*, particolarmente utili ai fini del discorso che si sta conducendo sulla confisca urbanistica, che è pena principale.

Il primo elemento che merita attenzione è che le pene accessorie in discorso – cioè l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa – erano fisse ed obbligatorie, esattamente come la confisca urbanistica.

Ulteriore spunto che proviene da quell’arresto attiene alle ragioni della dichiaratoria di illegittimità, individuate nell’evidente eterogeneità delle fattispecie incriminatrici contenute nell’art. 216 l. fall. che potevano attivare le pene accessorie *de quibus*, in modo speculare a quanto avviene tra le diverse figure riconducibili all’art. 44, comma 1, lett. c) T.U.E.

Infine, ma non per ultimo, l’epilogo del giudizio di costituzionalità: la Corte sostituisce il trattamento sanzionatorio sproporzionato ed illegittimo con uno ritenuto conforme ai principi, plasmato attingendo ad altre disposizioni vigenti che le consentano di preservare la riserva di legge⁴¹.

³⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 50/1980, cit., punto 4, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 725 ss. con nota di PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*. Ulteriori spunti contro la legittimità delle pene fisse in BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 361 ss.; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 348 ss.

⁴⁰ Corte cost., n. 222 del 2018, con commento di GALLUCCIO, *La sentenza della consulta su pene fisse e ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 216 ss. con nota di PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 593 ss. con nota di LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*.

⁴¹ Secondo la Corte, sostanzialmente ragionando sulla base dell’art. 133 c.p., «La durata delle pene accessorie sarà stabilita caso per caso dal giudice, fino al tetto massimo di dieci anni ma senza più alcun automatismo, tenendo conto della concreta gravità del fatto commesso dall’imputato».

Con riguardo a questo ultimo aspetto, sarà interessante verificare la praticabilità di una simile soluzione nel caso della confisca urbanistica.

Orbene, dal confronto con la citata giurisprudenza costituzionale emerge che qualora per espressa indicazione legislativa (come nel caso dell'art. 30 T.U.E., che definisce la condotta punita dall'art. 44, co. 1, lett. c) la fattispecie selezionata alternativamente macro-classi di fatti espressivi di attitudine offensiva profondamente diversa, la pena fissa non può che rivelarsi irragionevolmente sproporzionata in relazione alla gamma di questi caratterizzati da minor contenuto lesivo.

4.3. L'argomento della sproporzione. Il principio di proporzione si è imposto nuovamente all'attenzione della dottrina penalistica per effetto di alcune importanti decisioni della Corte costituzionale⁴² e, soprattutto, per l'espresso riconoscimento che esso riceve in talune Carte dei diritti di matrice sovranazionale⁴³.

L'impianto costituzionale italiano, invero, non lo menziona esplicitamente, tanto che con la consueta eleganza Francesco Palazzo lo ha paragonato all'araba fenice: «Che ci sia ciascun lo dice. Dove sia nessun lo sa»⁴⁴. Eppure,

⁴² Fondamentale, Cort cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, sulla quale cfr. i commenti di DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1957 ss.; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 2, 61 ss. V. altresì MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1442 ss.; PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 2, 48 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 176 ss. In precedenza, la sentenza costituzionale n. 341 del 1994 in materia di oltraggio aveva dichiarato illegittimo un quadro sanzionatorio che prevedeva la pena minima di sei mesi di reclusione, a fronte di un fatto giudicato complessivamente di lieve disvalore alla luce della mutata sensibilità ordinamentale rispetto all'epoca di emanazione del codice. In quella occasione la Corte aveva affermato il contrasto diretto con il principio di proporzionalità della pena, ricavato dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., che conduce a «negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni». Per una recente ed approfondita riflessione, RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., passim.

⁴³ Cfr. art. 49 co.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza). Il principio è poi riconosciuto come corollario implicito del divieto di pene «inumane e degradanti» di cui all'art. 3 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr., per tutti, CEDU, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, § 102).

⁴⁴ PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di Conte, Landini, I, Mantova 2017, 311, nonché in *disCrimen*.

è innegabile che la proporzione si sviluppi ed operi nel combinato disposto degli art. 3 e 27 comma 3 Cost. tanto come principio di giustizia che come principio di garanzia⁴⁵.

Soffermandoci in questa sede sulle prospettive *in action* del principio, può essere in primo luogo ricordato come esso si esprima nei canoni di meritevolezza e bisogno di pena, imponendo che la comminatoria edittale consenta che «la pena irrogata sia proporzionata alla gravità dell'offesa incarnata dal fatto tipico criminoso»⁴⁶ e che «l'opzione penale sia indispensabile all'efficace realizzazione degli scopi di tutela, nel senso cioè che non appaiano altrettanto sufficientemente adeguati altri strumenti extrapenali di tutela»⁴⁷.

Già a questo primo scrutinio, l'indispensabilità della confisca in caso di lottizzazione negoziale risulterebbe quanto meno dubbia, esistendo molteplici strumenti extra-penali capaci di riequilibrare l'assetto degli interessi compromessi dal reato. La confisca, in altri termini, non rappresenterebbe l'*extrema ratio* delle politiche di gestione del conflitto sociale.

La giurisprudenza costituzionale offre due itinerari nell'accertamento della sproporzione: il primo ricorre al *tertium comparationis*⁴⁸, il secondo alla *irragionevolezza intrinseca*. Lungo la prima direttrice si deve rinvenire una figura criminosa *analogica* a quella oggetto di sindacato ed esterna ad essa; nel giudizio di irragionevolezza intrinseca, invece, si confrontano le «sottofattispecie ricomprese nella norma per valutare la congruenza della pena»⁴⁹.

Ancora una volta, la confisca per lottizzazione negoziale sembra cedere al cospetto di entrambe le prospettive in discorso. Sia utilizzando la lottizzazione materiale come *tertium comparationis*, sia costruendo l'illecito negoziale come sottofattispecie di quello “con opere”, troverebbe conferma l'impraticabilità di un identico (non modulabile ed obbligatorio) rimedio sanzionatorio.

4.4. La lottizzazione come “reato progressivo nell'evento”. L'interazione tra momento negoziale della lottizzazione e fase materiale/esecutiva ha spinto, come rilevato, una parte della dottrina e della giurisprudenza a considerare la contravvenzione di cui all'art. 44, co. 1, lett. c), come *reato progressivo*

⁴⁵ PALAZZO, *Il principio di proporzione*, cit., 315.

⁴⁶ *Ivi*, p. 319.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Per un esempio recente, Corte cost., sentenza 23 marzo 2012, n. 68, in *Cass. pen.*, 2012, 2392 ss. con nota di SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*.

⁴⁹ PALAZZO, *Il principio di proporzione*, cit., 324.

nell'evento. Prescindendo dalla sostenibilità dogmatica di una simile categoria criminosa (in effetti sovrapponibile alla menzionata classe dei reati a duplice schema o a consumazione prolungata), e dalla riconducibilità ad essa della lottizzazione, può qui essere segnalato come la *ratio* di una simile posizione risieda nella necessità di individuare il tempo del commesso reato non già nella predisposizione del piano di lottizzazione, ma piuttosto nell'ultimo segmento di condotta utile a concretizzarne le intenzioni. In breve, la classificazione in discorso viene normalmente opposta dalla giurisprudenza all'argomento, talvolta invocato nella prassi, volto a qualificare come meri *post facta* le condotte di alienazione dei lotti abusivamente ottenuti o, peggio, gli interventi edilizi su questi realizzati.

Valorizzando la logica presupposizione nel rapporto tra regolamentazione cartolare del territorio e suo effettivo frazionamento, la teorica in discorso individua nell'ultimo atto di esecuzione del disegno negoziale il momento di consumazione del reato.

Aderendo a questa impostazione, però, le due figure alternative di lottizzazione si fondono in un *unicum*, che assorbe la fase negoziale quale antefatto non punibile, e rende (sussistendone i presupposti) i soggetti coinvolti in essa concorrenti nella lottizzazione materiale concretizzatasi all'esito.

In altri termini, qualora alla fase negoziale segua anche quella materiale, tutti coloro che hanno preso parte alla prima risponderanno dell'unico reato di lottizzazione che si consumerà al procedere degli interventi edilizi di ridefinizione dell'assetto del territorio, ove esistano le condizioni oggettive e soggettive della partecipazione criminosa eventuale. In questo scenario, tutti i correi saranno correttamente esposti al rimedio ablatorio perché il loro contributo, anche se limitato alla fase negoziale, costituirà *almeno* causa agevolatrice della nuova conformazione del territorio.

Di contro, l'interruzione dell'*iter criminis* alla fase negoziale, non progredendo fino alla modificazione dell'assetto del territorio, dovrebbe imporre una diversa risposta sanzionatoria dalla quale va esclusa la confisca.

In sintesi, anche aderendo alla (discutibile) ricostruzione 'unitaria' della lottizzazione come reato progressivo nell'evento, emerge l'inconciliabilità tra la condotta negoziale e la confisca, per la manifesta sproporzione tra la soglia di offesa raggiunta ed il rimedio sanzionatorio attivato.

5. La questione di legittimità pendente. Si è detto che sull'intero discorso incombe l'imminente scrutinio della Corte costituzionale, chiamata a giudicare della compatibilità costituzionale dell'art. 44, comma 2 T.U.E. - nella parte in

cui obbliga la confisca dei terreni abusivamente lottizzati anche quando tale misura si riveli sproporzionata – in relazione all’art. 1 Prot. Add. CEDU, nell’interpretazione fornita dalla Corte EDU, quale parametro interposto in relazione all’art. 117, comma 1, Cost.

Senza addentrarsi nella vicenda oggetto di giudizio⁵⁰, merita solo rimarcare come la Corte barese si trovasse innanzi a reati per i quali – dopo la sentenza di condanna in primo grado, e pur confermando la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi di responsabilità – era trascorso il termine di prescrizione. Il dubbio sulla sproporzione della confisca è stato animato da due circostanze: il carattere colposo (in taluni casi lieve) della responsabilità accertata in capo a taluni degli appellanti (gli acquirenti dei manufatti abusivi) e la dimensione quantitativa della lottizzazione abusiva: «soltanto la quota di lottizzazione superiore al 25% di quella comunque realizzabile in un area artigianale si pone davvero in materiale contrasto con la previsione urbanistica del p.r.g.»⁵¹. Entrambi questi profili della vicenda *sub iudice* reclamerebbero un adeguamento della risposta sanzionatoria al grado di colpevolezza degli imputati, attivando rimedi meno afflittivi ma comunque capaci di ripristinare pienamente l’assetto dei beni giuridici offesi dal reato, o anche solo limitando l’estensione della confisca ai terreni effettivamente oggetto di abuso.

5.1. (Segue) ...e l’assetto del diritto vivente. Come è stato ben avvertito⁵², nel sollevare la questione di legittimità la Corte barese ha trascurato di confrontarsi con un indirizzo già esistente nella giurisprudenza di legittimità – poi arricchitosi delle indicazioni della già citata sentenza n. 3727/2021 – orientato a proporre una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della normativa in esame⁵³. Secondo la Cassazione, infatti, il giudice penale potrebbe astenersi dal disporre la confisca qualora in sede di merito ne sia accertata la sostanziale inutilità in seguito alla «effettiva ed integrale eliminazione di tutte le opere eseguite in attuazione dell’intento lottizzatorio, nonché dei pregressi frazionamenti, con conseguente ricomposizione fondiaria e catastale nello stato preesistente ed in assenza di definitive trasformazioni». Un simile indirizzo⁵⁴, a tratti ardito nella misura in cui, letto alla luce delle ordinarie categorie dogmatiche, finisce per forgiare una ipotesi di esclusione

⁵⁰ Su cui cfr. i commenti richiamati *supra*, n. 2.

⁵¹ RECCHIA, *La proporzionalità della confisca urbanistica*, cit., 1233.

⁵² *Ivi*, 1236.

⁵³ Cass., Sez. III, 22 aprile 2020, Iannelli, in *Mass. Uff.* n. 278765.

⁵⁴ Già criticato in dottrina da MAUGERI, *La confisca urbanistica*, cit., 45.

della pena (speciale e parziale perché limitata alla confisca) non prevista dalla legge e fondata su iniziative riparatorie *post delictum*, si è implementato grazie agli spunti offerti dalla terza Sezione nella decisione depositata lo scorso febbraio.

Nuovamente chiamata a pronunciarsi su una ipotesi di confisca ‘da reato prescritto’, la Corte ha invitato il giudice del rinvio ad esplorare l’impiego di misure ripristinatorie – esistenti nella normativa vigente ma non collegate, agli effetti penali, al reato di lottizzazione – meno gravose in considerazione delle caratteristiche del caso concreto. Questa soluzione vorrebbe, implicitamente, aggirare l’ostacolo dell’incidente di costituzionalità – soluzione che la Cassazione avrebbe potuto sperimentare⁵⁵ – attraverso un’interpretazione (definita) convenzionalmente orientata e, muovendosi nel solco tracciato dallo specifico precedente, si candida a sterilizzare i possibili effetti della questione sollevata dalla Corte di Appello di Bari.

In effetti, la ‘vivacità’ del diritto vivente potrebbe indurre la Consulta a respingere la questione essendo praticabili interpretazioni *praeter legem*⁵⁶ funzionali a comporre il conflitto (più reale che potenziale) tra la *lex scripta* e i principi fondamentali espressi tanto dalla Carta costituzionale che dalla Convenzione EDU. Del resto, come pure è stato evidenziato⁵⁷, la Consulta potrebbe ritenere di non avere il potere di modificare l’assetto sanzionatorio esistente in punto di confisca, e al contempo non voler spingersi fino alla radicale declaratoria di illegittimità del comma 2 dell’art. 44 T.U.E.

6. Spunti per un dibattito. All’esito dell’analisi condotta è possibile selezionare alcuni aspetti che, in uno scenario ancora opaco e complesso, meritano di essere approfonditi.

Il primo. Tutte le decisioni citate sono intervenute nel contesto di giudizi che si erano comunque chiusi con la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. È evidente come, invece, la riflessione sulla proporzionalità sanzionatoria della confisca debba accompagnare anche vicende che potranno – anche in ragione della disciplina prescrizione oggi vigente dopo la riforma del 2019 – concludersi con l’affermazione della penale responsabilità.

⁵⁵ In questi termini anche FINOCCHIARO, *La Cassazione sulla proporzionalità della confisca “urbanistica” in caso di lottizzazione abusiva “negoziale”*, in www.sistemapenale.it del 4 febbraio 2021.

⁵⁶ Il ricorso ad interpretazioni che, senza andare contro il dato letterale della legge, si spingano oltre esso (al fine di conferire alla norma uno spazio di armonica applicabilità nel sistema penale) è stato affermato a chiare lettere dalle Sezioni unite nella sentenza 22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti.

⁵⁷ RECCHIA, *La proporzionalità della confisca urbanistica*, cit., 1238.

Il secondo. Proprio l'esito di quei giudizi in punto di responsabilità ha evitato che si valorizzasse il tipo di lottizzazione contestata agli imputati. Invero, la natura negoziale della fattispecie oggetto del processo è stata rimarcata nella recente decisione n. 3727/2021 quale argomento aggiuntivo per indicare soluzioni diverse dalla confisca ma, come detto, il reato era in ogni caso prescritto.

Ne segue che la sproporzione della confisca dovrebbe essere indagata autonomamente in relazione alla lottizzazione negoziale, per ragioni connesse alla struttura della fattispecie ed alla praticabilità di rimedi meno afflittivi, ma ugualmente efficaci.

Terzo. Nessuna soluzione interpretativa dovrebbe essere considerata efficiente e risolutiva innanzi all'univoca indicazione della legge. Solo l'intervento del legislatore può rendere facoltativa e modulabile una sanzione che è costruita come fissa ed obbligatoria.

In effetti questa affermazione potrebbe trovare una implicita smentita nella recente giurisprudenza costituzionale, proprio in tema di confisca. Nella decisione n. 33/2018 - in merito alla compatibilità tra confisca allargata e ricettazione - la Corte sembra aver sostanzialmente mitigato il regime applicativo della misura patrimoniale, nonostante la sua obbligatorietà *ex lege*, sottolineando come sia «necessaria una verifica in concreto del fatto e della personalità del suo autore per escludere che si tratti di una vicenda criminosa del tutto episodica ed occasionale, produttiva di modesto arricchimento»³⁸. In questo scenario, il fatto per cui è intervenuta condanna esulerebbe «in modo manifesto dal “modello” di reati che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato».

Si paventerebbe, in questi termini, una prospettiva di giudizio in cui la Corte costituzionale renda 'condizionata' anche la confisca urbanistica da lottizzazione negoziale.

L'ipotesi va considerata, ma non sembra la soluzione auspicabile, come non lo era già rispetto alla confisca allargata. Il rischio è, infatti, che si rimedi alla sproporzione in astratto, a scapito di epiloghi irragionevoli nelle singole vicende concrete, passando da un difetto ad un eccesso di discrezionalità in capo al giudice del merito.

Rispetto alla lottizzazione negoziale (e solo ad essa), in altri termini, appare necessario uno sbarramento assoluto alla operatività della confisca, che sia

³⁸ Così AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri 'reati-matrice'*, in *Giur. cost.*, 2018, 313.

accompagnato dalla selezione *per legge* di congegni extrapenali alternativi ed idonei a cancellare l'assetto territoriale realizzato solo *per tabulas* dai negozi illeciti, sulla falsariga di quanto avvenuto di recente con la confisca da reato ambientale. Il comma 4 dell'art. 452-undecies c.p.⁵⁹, infatti, afferma espressamente che la misura non trova applicazione se l'imputato ha provveduto alla messa in sicurezza, alla bonifica e al ripristino dello stato dei luoghi. Ora, è bensì vero che nel caso della lottizzazione negoziale, in assenza di evento naturalistico, mancherebbe una modificazione della realtà da riportare allo *status quo ante* (in termini di rimozione e/o ripristino), ma è altrettanto vero che si può incidere adeguatamente sulla realtà 'giuridica' definita dall'illecito attraverso l'annullamento dei negozi da cui è scaturito il nuovo volto del territorio, e di tutti gli atti giuridici conseguenti, in modo da far rivivere quello preesistente.

Una simile iniziativa risulta molto più lineare - e conforme ai principi - rispetto all'invenzione interpretativa di pratiche *post patratum crimen*, affidate all'imputato, e solo astrattamente capaci di garantire l'esclusione della *pena* in questione perché rimesse ad un sindacato molto ampio del giudice del merito.

⁵⁹ Su cui AMARELLI, *Sub art. 452-undecies. Confisca*, in Dolcini, Gatta, *Codice penale commentato*, II, Milano, 2015, 2152 ss.